

# 担保保存義務に関する一考察

——沿革的・比較法的考察（一四）——

辻 博 明

- 一 はじめに——問題設定
- 二 ローマ法
  - (1) 保証制度の「推移」——担保保存義務制度の視点から
  - (2) 担保保存義務制度の「起源」とその継受——問題点の整理
- 三 フランス法
  - (1) フランス古法——ポティエの主張を中心に（以上本誌六一巻一号）
  - (2) 立法趣旨
  - (3) フランス民法——制度の本質、要件・効果（現行二三・四条）、近時の変化（以上本誌六一巻二号）
- 四 ドイツ法
  - (1) ドイツ民法典成立前の概要（以上本誌六一巻一号）
  - (2) 立法趣旨
  - (3) ドイツ民法——制度の本質、要件・効果
    - ① 制度の本質（以上本誌六一巻二号）
      - (i) 制度趣旨・法的構成
      - (ii) 免責対象者
    - ② 免責の要件
    - ③ 効果
    - ④ 整理・検討——フランス法との比較（以上本誌六一巻四号）

五 スイス債務法

- (1) 旧法における議論の概要——義務の位置付け・範囲、要件・効果、共同保証をめぐる問題  
(以上本誌六三卷一号)

立法趣旨

- (3) (2) スイス債務法(一九四一年法)——債権者の保証人に対する注意義務の拡大・強化、義務の性質、担保保存義務、共同保証をめぐる問題  
(以上本誌六三卷二号)

義務、共同保証をめぐる問題

- ① 債権者の注意義務——保証人に対する注意義務の性質・拡大・強化 (以上本誌六三卷四号)

- ② 債権者の担保保存義務——五〇三条一項の意義、要件・有力説の主張、効果

- ③ 共同保証をめぐる問題——四九七条三項の特則、特約、錯誤等  
(以上本誌六四卷一号)

- ④ 整理・検討

六 オーストリア民法

立法趣旨

- (2) (1) オーストリア民法——債権者の保証人に対する注意義務の拡大・強化、義務の性質、債権者の懈怠、物的担保の放棄、共同保証をめぐる問題  
(以上本誌六四卷二号)

担保の放棄、共同保証をめぐる問題

- ① 債権者の注意義務——保証人に対する注意義務の性質・拡大・強化、消費者保護・銀行の守秘義務

- ② 債権者の注意義務の現れ・根拠——債権の取立上の懈怠 (以上本誌六五卷二号)

- ③ 債権者による物的担保の放棄(二三六〇条)  
(以上本誌六六卷二号)

- ④ 共同保証をめぐる問題(二三六三条)  
(以上本誌六七卷二号)

七 むすび——「債権者の注意義務」の視点からの分析

- ① 担保保存義務制度の起源・その展開・メカニズム

- (a) 担保保存義務制度の誕生の背景事情——ローマ法における議論

- (b) 担保保存義務制度の起源・制度を支えるメカニズム——フランス古法・注釈学派・後期普通法における展開

る展開

- ② 近代法典における債権者の保証人に対する注意義務の状況

- ③ 債権者の保証人に対する注意義務をめぐる解釈・法的構成・位置付けの変化 (以上本号)

## 七 むすび——「債権者の注意義務」の視点からの分析

本稿においては、担保保存義務制度の原理部分を分析するため、歴史的・比較法的な視点から考察を試みた。担保保存義務制度は弁済者代位制度を支える補完的な制度にすぎないのか、それとも債権者の「注意義務」にまで及ぶ制度なのか。債権者は保証人に対して「一般的」注意義務をも負うのか、仮にそうだとすると、担保保存義務は債権者が負う一般的注意義務の現れにすぎないのか。債権者が保証人に対して注意義務を負うとすれば、保証契約の「片務性」との関係が問題となるが、保証契約の片務性に対してどのように対応されてきたか。

債権者の注意義務の性質論・制度論は、担保保存義務の要件論・効果論にもはね返る。担保保存義務制度は保証人を中心とする制度なのか、免責対象者は保証人に絞り込まれるのか。債権者の過失・帰責性はどのように解されるのか。債権者の注意義務を減免する特約の効力はどのように解されるのか。債権者が保全義務を負う担保の範囲・種類について比較法的に違いが見られるか、物的担保と共同保証等の人的担保との間に取扱いの違いがあるか、もしあるとすればその理由・メカニズムはなにか等の問題とも無縁ではない。

本考察から、担保保存義務制度論は債権者の注意義務論に繋がることが窺える。債権者遅滞（受領遅滞）その他の問題である。以下では、以上の考察を整理し分析することにする。

### ① 担保保存義務制度の起源・その展開・メカニズム

いわゆる担保保存義務とよばれる制度はどのようにして生み出され（起源）、どのように展開されたか。その制度が必要とされたのはなぜか。その制度を支えたメカニズム・法制度はなにか。

## (a) 担保保存義務制度の誕生の背景事情——ローマ法における議論

ローマ法において、保証債務関係を発生させる方法として、誓約 (sponsio)、信約 (fidepromissio) も見られたが、その後の保証制度の基軸となったのは、保証契約 (fideiussio) である。もともと、保証契約 (fideiussio) には問題があった。そのネックとなったのは「求償手段」の不足・弱さであった。保証人は主たる債務者に対して求償することはできなかった。しかしその後、債権者が保証人に対して訴訟を提起した場合、保証人が債権者に対してその有する訴権および債権を担保する質権または他の保証人に対する権利をすべて「譲渡」するよう請求することが認められた。もともと、債権者が保証人に対して訴訟を提起して争点が決定され、争点について審判人の審判に服する合意が成立すると、その権利は消滅した。しかも、債権者が保証人にこのような債権譲渡をするかどうかは債権者の「意思」によった。

一方、保証契約 (fideiussio) が孕む問題を回避でき且つ実質的に保証の役割を果たす制度が展開した。それが金額貸与の委任 (mandatum pecuniae credendae) である。金額貸与の委任においては、債権者 (受任者) が主たる債務者 (第三者) に対して訴訟を実行しても保証人 (委任者) に対して有する訴権を喪失することはなく、債権者は債務者に請求し、債務の履行を受けることができず損害を受けた場合に、委任訴訟を保証人に対して提起することができた。しかも、委任者である保証人と受任者である債権者は、委任契約を支配する「信義」(bona fides) に従って、各自の義務を履行しなければならなかった。各当事者は一切の過失に対して責めを負う誠意契約の關係にあった。債権者が注意を怠らなかつたならば主たる債務者から受領することができたもの、損失を避けることができたものを、保証人に対して損害賠償を求めることは信義に反した。債権者は保証人に対して過大の損害を蒙らせないようにする「義務」を負い、主たる債務者に対して請求すべきときに請求せず、またはその債権を担保する質権または保証人の設定を受けることを怠った場合には、保証人に対して責めを負い、保証人が損害賠償をした場合には、

債権者は債務者に対して有する債権およびこれに付随する権利を保証人に譲渡することを要した(本稿二)。

ここで注目すべき点は、保証契約(fideiussio)と金額貸与の委任(mandatum pecuniae credendae)の制度的な解釈・位置付けが、その後次第に「接近」したことである。その解釈の過程において問題となったのは、保証契約(fideiussio)の場合においても、債権者が訴権譲渡の利益を侵害したとき、金額貸与の委任の場合と同様に、保証人は債権者に対して「抗弁」ができるかという問題であった(↓b)。

(b) **担保保存義務制度の起源・制度を支えるメカニズム**——フランス古法・注釈学派・後期普通法における展開  
ポティエは、金額貸与の委任の場合には、「双務契約」に共通する原則によって、債権者の請求を排除することについて困難な問題を生ずることはないと解した。契約によって相互に義務を負う場合、契約の一方当事者が自己の不注意によってその義務を履行することができないとき、相手方に対して請求を主張することはできない。この原則によれば、双務契約である金額貸与の委任における受任者(債権者)は、契約の相手方である委任者(保証人)に対して、自己の有する訴権を保存し譲渡する「義務」を負っており、受任者が自己の故意または過失によってその義務を履行できなくなったときは、委任者は受任者に対して「訴権譲渡の抗弁」を主張することによって、受任者からの請求を排除することができると解した。

これに対して、保証契約(fideiussio)の場合、訴権譲渡の抗弁の根拠付けには二つの困難な問題があった。それは、金額貸与の委任の場合とは異なり、債権者が保証人に対して訴権を保存し譲渡する義務を契約しているとは言えないこと、すなわち、(i)保証契約は「片務契約」であり、義務を負うのは保証人だけであること、さらに、(ii)債権者が訴権譲渡の義務を負うとしても、それは単に「衡平」(equité)上の義務にすぎず、債権者は訴権の譲渡を拒否する利益がないため譲渡に応ずることになるだけであるため、債権者は、自己の有する限りで訴権を譲渡すれば足り、たとえ訴権を保存せず譲渡できなかったとしても、責めを負うことはなかったことである。しかし、ポティ

エは、債権者が自己の行為によって保証人に訴権を譲渡することができない場合、保証人は、「訴権譲渡の抗弁」によつて、債権者の請求を拒むことができると解した。債権者が共同保証人の一人を免除したことによつて、免除を受けた保証人に対する訴権を他の保証人に譲渡することができなくなったとき、債権者は、訴権の譲渡がなされていたならば他の保証人が求償することができた範囲について、訴権譲渡の抗弁によつて、請求をすることができなくなる。共同保証人は、保証契約締結時において、相互に求償できることを「期待」し、その信頼を前提として保証を引き受けている。もし債権者が自らの行為によつてその信頼を奪い取るならば、その行為は衡平に反すると解した(本稿三①)。

注釈学派(Glossatoren)は、金額貸与の委任における原則をすべての保証に一般的なものとして取り扱い、「訴権譲渡の義務」から、「過失」のある債権者に対する永久的抗弁を生み出した。これによつて、特に債権者が債権の取り立て等における過失によつて訴権の譲渡ができなくなった場合、保証人は給付拒絶権に基づく反論が認められた。一方、後期普通法においては、保証人の免責を、「検索の利益」の効果または「信義則」によつて根拠付ける説が登場した。第一に、ローマ法において認められていた検索の利益の効果から、保証人は、債権者が自己の「過失」によつて主たる債務者から弁済を受けることができない場合、保証人は免責されると解された。この場合、検索の抗弁は、延期的抗弁ではなく永久的抗弁となった。第二に、すべての保証は、ローマ法における金額貸与の委任と同様に、信義則によつて判断されるとする説が主張された。信義則から直接、債権者の保証人に対する「注意義務」を導き出そうとした(本稿四①)。

この訴権譲渡の利益と訴権譲渡の抗弁は、制度的に重なる部分はあったが同じ制度ではなかった。重要な点はその効果の違いである。「訴権譲渡の利益」によれば、保証人は、債権者に弁済した後、債権者の有する権利・訴権・抵当権等の譲渡を債権者に請求することができた。ただし、保証人はそれらの譲渡を請求できるだけで、それ以上

の効果はなかった。これに対して、「訴権譲渡の抗弁」によれば、保証人は、債権者が自己の行為によってその有する権利を譲渡できなくなった場合、債権者の請求を拒むこともできた。当初の保証契約 (Fideiussio) には訴権譲渡の利益さえ認められなかったが、その後それを肯定する解釈が導入され、さらに、「片務契約」であることから保証契約に根拠付けることが困難であった訴権譲渡の抗弁も、その後の解釈の展開によって肯定される方向に向かった。もともとこの時代の段階においては、その解釈の基本的ベースは、依然として「訴権譲渡の利益と裏表の関係」で捉える解釈にあった(従来の視点)。しかしそこには変化の兆しが見られる。すなわち、訴権譲渡による求償の期待の侵害を問題とすることによって、契約上の義務ではないが、そこに衡平上の「義務」違反を認める解釈の萌芽が見られる(新たな視点の萌芽)。双務契約である金額貸与の委任の場合には問題とならなかったが、「片務契約」である保証契約 (Fideiussio) においては、債権者の保証人に対する義務の根拠付けに関して理論的な壁があった。その壁の一部を乗り越えようとする動きが見られる。

## ② 近代法典における債権者の保証人に対する注意義務の状況

フランス民法典・ドイツ民法典などの近代法典において、債権者の保証人に対する注意義務に関する規定は導入されたか。各国の法制によって債権者の注意義務の導入の姿勢に違いが見られたか。

債権者の保証人に対する注意義務の近代法典への導入の流れを辿ると、まず、プロイセン一般ラント法においては、第一部第一四節三二八条以下において、次のように類型に応じて規定がなされた。主たる債務者に対する「執行」について、債権者に重過失がある場合、それによって生ずる損害は債権者が負担する(同三二八条)。保証人が催告をしたにもかかわらず、債権者が主たる債務者に対して「請求をしなかった」場合、債権者が破産債権の「届出をしなかった」場合、長期間執行を「怠り」その間に主たる債務者の資力が悪化した等の場合には、債権者に重過失があると解された。また、債権者は、保証契約の存続中において、主たる債務者によって設定された他の担保



を保証人の同意なしに「放棄」することはできない(同三三一条)。それに反して、債権者が他の担保を放棄した場合、保証人に対する権利を喪失する(同三三二条)。ただし、他の担保の放棄によって保証人が損害を受けないことを、債権者が十分に証明できる限りにおいて、保証人に対して権利行使をすることができ(同三三三条)、とされた(本稿四(1))。そして、フランス民法においては、二〇三七条に明文規定が置かれた。同条の立法過程における説明によると、保証人(tidjuseur)は、弁済をすれば債権者の権利に代位するという条件において、債権者と保証契約をしている。保証人は、債権者がこの条件を満たすことができない場合、免責される。債権者は、自らが提供した担保手段を保証人から「奪い取る」ことは禁止されるべきである。すなわち、債権者の行為によって、保証人が、債権者の権利、抵当権および先取特権に代位することができない場合、保証人を免責するとしているのは、「相互的な義務(devoir de reciprocité)」を債権者と保証人との間に維持するためであるとされた(本稿三(2))。また、オーストリア民法においては、債権者の注意義務を展開する礎となる規定が数条にわたって導入された。その基軸となる規定は一三六四条である。同条によると、保証人は、債権者が弁済を請求しなかった場合においても、債務者の弁済期の経過によって、免責されない。ただし、保証人は、債務者の同意を得て保証した場合には、債務者に担保の提供を請求する権限を有する。債権者も、債権の「取立てを怠った」ことによって保証人が損害を負う限りにおいて、保証人に対して責めを負うとされた。「物的担保」に関する明文規定(二三六〇条)も導入された。同条によると、債権者は、保証の履行以前において、その保証以外に、主たる債務者または第三者によって物的担保(Pfand)が提供されている場合においても、定められた手順(二三五五条)に従って保証人に請求することができる。ただし、債権者は、保証人の不利益に物的担保を「放棄」する権限を有しないとされた(本稿六(1))。なおこの他にも、最終不足額支払保証人等に対する請求と債権者の「懈怠等」(二三五六条)、求償保証人に対する注意義務(二三六二条)について規定された。



一方、ドイツ民法においては、債権者の保証人に対する注意義務がどの程度課されるかという問題は、普通法において争いがあるとされ、プロイセン一般ラント法・フランス民法・オーストリア民法とは異なる対応が見られた。立法過程における議論によると、債権者の保証人に対する注意義務を「否定」する立場が採用された。「保証の本質」によれば、債権者は義務を負うことはない。信義則からも、広範な債権者の注意義務は導き出されないとされた。そのような立場に基づいて成立したのが、ドイツ民法七七六条である。同条において、債権者が債権と結合する優先権、債権のために存する抵当権若しくは船舶抵当権、債権のために存する質権または共同保証人に対する権利を「放棄」する場合、保証人は、放棄されたその権利から七七四条によつて賠償を受けることができたであろう限度において責めを免れると規定された。すなわち、七七六条において、確かに保証人の免責を認める規定が置かれたが、同条は「例外的な特別規定」とどまると解された(本稿四②)。また、旧スイス債務法(一九一一年法)には、五〇九条一項において、債権者は、保証人に対して、保証の引受の際に存在した他の担保、またはその後に獲得されかつ専ら(ausschließlich)被保証債権のための他の担保を保証人の不利益に減少させる場合、またはその有する証拠資料を「放棄」する場合、責めを負うとする規定が置かれた。さらに、同条二項において、債権者は、官吏その他の身元保証(Amts- oder Dienstbürgschaft)において、「監督義務」を負う債務者の監督を怠ったことにより、債務が発生した場合、または監督を怠らなければ生じなかった範囲に及んだ場合、責めを負うとする規定が置かれた。もっとも、同条二項の適用範囲は、官吏その他の身元保証の場合に限定する立場が採用された。スイス債務法においても、債権者は保証人に対して一般的注意義務を負うかについて争いがあつたが、控えめな立場がとられた(本稿五①)。

近代法典において債権者の保証人に対する注意義務に関係する規定が導入されたが、債権者の注意義務の導入の姿勢・程度に違いが見られた。その背景にはどのような事情があつたのだろうか。この点について、債権者の保証

人に対する注意義務の導入を否定する方向へ舵を切った当時のドイツ民法と、債権者の注意義務の導入について慎重な立場をとった当時のスイス債務法の背景事情が注目される。

ドイツ法においては、債権者の保証人に対する注意義務がどの程度課されるかという問題は、普通法において議論され、後期普通法においては、保証人の免責を、検索の利益の効果または信義則によって根拠付ける説が登場していた。さらに、債権者の注意義務を肯定する通説の内容が、すでにドレスデン草案九四八条に反映されていた。

ところが、一九世紀の最後の四半世紀に、保証債権者にかなり有利な方向に振り子が動いた。ドレスデン草案とドイツ民法第一草案の間に、一八七一年から一八七三年の「大恐慌」があり、銀行取引において明らかに重点の変化があった。一九世紀の後半、特に最後の三〇年においては、信用取引の意義が恒常的に増大し、それがドイツの銀行の主要な課題となっていた。広範な注意義務が債権者に課されると、「保証の価値」が著しく低下し、実務において紛争を引き起こすことが危惧された。これらの「経済的背景」が、債権者の注意義務の否定による「保証の強力な信用手段化」の決定を促進する要因となった（本稿四②）。

スイスにおいても、旧スイス債務法（一九一二年法）後における「経済変動等」を経て、同法における保証規定の改正（一九四一年法）に向けた議論が展開された。当時のスイスにおいては、保証をめぐる多くの事案において深刻な問題が生じていた。スイスにおいては、保証による信用貸しが諸外国よりも一般化していた。これは、スイスの社会的特性によるものであった。立法者は、法改正による保証人の保護の必要性を認める一方で、当時の経済において有する「保証の意義」に注意すべきであると考えた。保証人を保護しすぎると、保証人が免責され債権者は担保を失うことになり、「経済全体に損害」が生じるからであった。スイスにおいて、保証はなくてはならない制度となっていた。多くの銀行取引において保証が設定されており、保証がなければかなりの信用貸しが減少することになった。保証人は、情報提供があるまで保証引受の署名を拒否することによって、債権者に情報の提供を迫ること

ができるとして、債権者の保証人に対する情報提供義務は否決された(本稿五②)。立法者は、債権者の保証人に対する注意義務に関する個別規定を導入したが、その一方で、債権者の注意義務の拡大に繋がる可能性のある規定を置くことには慎重であった。「保証の実務上の価値」が著しく低下することが懸念されていた。この姿勢は、一九一一年法から引き継がれた(本稿五①)。

### ③ 債権者の保証人に対する注意義務をめぐる解釈・法的構成・位置付けの変化

債権者の保証人に対する注意義務をめぐる解釈には変化はあるか。現在の判例・学説によると、債権者の注意義務は、その法的構成について変化はあるか、どのように位置付けられているか。

まず、債権者の注意義務の導入に否定的な設計を採用したドイツ民法において、その後変化は見られるか。ドイツ民法七七六条は、立法当時、保証人を保護するための「例外的な特別規定」であると位置付けられた(先述②)。原理部分においては、保証契約の本質は「片務契約」であり、債権者は保証によって権利のみを有し「義務を負わない」ことが強く意識されていた。ところがすでに、立法後の比較的初期の学説に微妙な変化が見られた。普通法および立法趣旨を分析した上で、信義則および契約の解釈によつて債権者の保証人に対する注意義務が生じるとし、また、当事者の合意がある場合に債権者の注意義務が生じるとする説が登場した。その後さらに学説の展開が見られ、七七六条の制度趣旨・法的構成について、通説と有力説の対立が鮮明になっている。まず、通説的見解によると、同条は、債権者の *Obliegenheit* を規定していると考えられる。立法当時にはなかった *Obliegenheit* という「新たな概念」を用いて、その制度趣旨を法的に再構成している。*Obliegenheit* は、元々は保険法上の概念であったが、その後民法を含む私法上の上位概念として体系化が進み、現在においては、ドイツ法だけでなくドイツ法系(スイス債務法・オーストリア民法)において一般に定着している。*Obliegenheit* の性質は、いわゆる真正の義務(*Pflicht*)ではないと考えられ、*Obliegenheit* 違反の効果は、その負担者に「権利の喪失等」の弱いサンクションは生ずるが、履

行の請求や損害賠償の請求をすることはできないと解されている（拙稿「わが国における義務研究の到達点——オツプリーゲンハイト (Obliegenheit) を中心に」名城五三巻四号一頁）。債権者は、主たる債権に結合する権利を放棄することによって保証人に不利益を生じさせてはならないという Obliegenheit を負っている。片務契約である保証契約は、当事者間に特約がない限り、原則として債権者の契約上の義務は付随義務としても生じない。したがって、七六条は「例外的」性質を有する特別規定であると位置付けられ、同条からいわゆる真正の法的義務 (Pflicht) を根拠付けることはできないとされる。もともと、通説の見解も、債務法は信義則の適用を受けるため、狭く限定された場合であるが、同条を超えて債権者の義務が根拠付けられることを認めている。通説の解釈は大枠において立法趣旨に沿うものであるが、Obliegenheit という新たな概念を用いて、その制度趣旨を法的に「再構成」し、一定の範囲において「信義則等による法的義務」の発生を認める点において変化が見られる。

これに対して、近時のドイツの有力多数説によると、七六条は担保の保存および換価に関して保証人に対する債権者の注意義務 (Goraltspflicht) を「具体化」する規定であり、同条における保証人の権利は「損害賠償請求権」であるとされる。今日においては、立法当時とは異なり、保証人に対する債権者の保護義務および配慮義務が承認される方向にあり、そこから保証人に対する債権者の通知義務等が導かれる。したがって、七六条は、例外的性質を有する特別規定ではなく、配慮義務を具体化した規定である。また、保証法において信義則の適用が認められる場合が増えるにつれて、通説の見解が主張する同条の例外的性質が徐々に弱くなっており、その結果、同条はもはや例外規定ではないとされる。

一方、判例は、片務契約である保証契約からは、債権者の保証人に対する注意義務は、原則として生じないとし、付随義務としても生じないとする立場を取り続けている。したがって、七六条から、保証人の利益を保全する債権者の一般的な注意義務は生じないとする。もともと、判例は、債権者は「信義則」にしたがって行為する義務を

負うとし、保証の場合においても、債権者は、保証契約の締結の前後において、信義則にしたがって行為する義務を負うとする。したがって、債権者は、信義則に反して、恣意的に保証人の立場を悪化させまたは悪意によって保証人の利益を侵害した場合には、義務違反が問題となるとする。

このように、ドイツの判例・通説的見解は、原則として、保証人に対する債務者の注意義務を認めないとするが、例外の範囲を慎重に限定しつつも、債権者の注意義務が生ずる場合があることを承認する方向に向かっている。さらに近時においては、七七六条は債権者の注意義務を具体化した規定であるとする説が有力となり通説的見解を凌ぐほどになっている。ドイツ民法においては、沿革的に見ても、債権者の保証人に対する義務を認めることに非常に慎重であったが、長い議論の積み重ねを経て、債権者の保証人に対する義務を一定の範囲で承認する方向にある（本稿四③）。

次に、スイス債務法は、一九一一年法において、債権者の注意義務の導入に慎重な制度設計を採用した（先述②）が、一九四一年改正法においては、債権者の保証人に対する注意義務の「位置付け」に変化が見られる（第一点）。改正法において規定された注意義務を、(a)「限定的」に解する説と、(b)解釈による「拡大」を認める説の対立が見られる。この解釈の違いは、注意義務の範囲に影響する。(a)説は、改正法五〇三条一項及び二項において、義務違反の効果は強化されているが、債権者の注意義務の拡大はないとし、その他の規定（五〇四条二項及び五〇五条等）においては、部分的な拡大にとどまるとする。これに対して、(b)説は、改正法によって、債権者の注意義務は大幅に拡大され、しかもその注意義務に関する規定は強行規定とされている（四九二条四項）ことから、債権者の注意義務は、もはや例外的なものであるとはいえない。したがって、債権者の注意義務は、信義則に基づいて諸般の事情を考慮して解釈されなければならない。特別の注意義務の根底には、保証人に対する誠実義務があり、特別の注意義務は、誠実義務が具体化した一つの「現れ」であるとする主張が有力となっている。なお、判例にも、信義則・

権利濫用の法理（スイス民法二条）は債権者の保証人に対する行為についても適用され、債権者に認識可能性がある場合等においては、債権者の監視義務を認めるものがある。債権者の保証人に対する注意義務が徐々に拡大・強化される方向にある。さらに、改正法においては、債権者の注意義務に関する規定の強化・展開が見られるだけでなく、近時、Obiegenheitという概念を用いて、債権者の注意義務が再構成されている。その代表例が、債権者の注意義務の基軸となる担保保存義務（五〇三条一項）である（第二点）（本稿五③）。

他方、オーストリア民法は、立法段階においてすでに、債権者の保証人に対する注意義務を展開する礎となる規定を数条にわたって導入していた（先述②）。一三六四条（債権の取立てにおける債権者の懈怠）、一三六〇条（債権者による物的担保の放棄）、一三六二条（求償保証人に対する注意義務）、一三五六条（最終不足額支払保証人等に対する請求と債権者の懈怠等）等である。これらの規定は、その後の研究の展開によって、債権者が保証人に対して負う「包括的（一般的）」注意義務の根拠と解されている（第一点）。その基軸となる規定が一三六四条である。

一三六四条によると、懈怠のある債権者に対する保証人の保護が講じられている。保証人は、債権者が債務の弁済期後にその履行を請求しなかった場合でも、その責任を免れることができない（一三六四条一文）。しかも、保証人は、債権者による債権の取立てを求めるときもできない。しかし、債権者による債権の取立てにおいて「懈怠」があれば、保証人が求償権を侵害される場合があるため、保証人の求償権を確保する必要がある。そこで、債権者は、債権の取立てにおける懈怠によって保証人がその求償権を侵害される限りにおいて、その懈怠について責めを負う（同条二文）とされる。同条の規定内容は、その定め単独ではなく、一三五三条（保証債務の範囲）・一三五六条・一三六〇条・一三六二条・一三六三条二文（共同保証人の免除）の内容を考慮しなければならないと解されている。一三六四条は、債権者が保証人に対して負う「包括的（一般的）」注意義務の根拠の一つであり、債権者と保証人との法的関係について法が基準とする原則の「現れ」であると解されている。したがって、債権者は、保証人



の求償権を保全するために、「すべての措置」を講じなければならない、一定の場合には、主たる債務者に対する権利の保全または訴求のための措置を講じること、また、被担保債権に予想外の重要な変化があるような場合には、その情報の開示・説明を要することになる。またここでも、近時、債権者の保証人に対する注意義務の「性質」について議論がある。債権者の注意義務は法的義務であり、その義務違反によって損害賠償義務が生じるとする主張に對して、それは *Obliegenheit* であり、その違反によって保証請求権の失効ないし一部失効が生じるとする主張が見られる（第二点）（本稿六②①～③）。

フランス民法においては、「保証の節」に明文規定が置かれた（二〇三七条）。同条の立法過程における説明によると、保証人は、弁済をすれば債権者の権利に代位するという条件において、債権者と保証契約をしている。債権者の行為によって、保証人が、債権者の権利、抵当権および先取特権に代位することができない場合、保証人を免責するとしているのは、「相互的な義務」を債権者と保証人との間に維持するためであるとされた（先述②）。同条は、代位の利益の剥奪を「保証の消滅原因」にまで高めている点に特色・意義がある（なお、二〇三七条は二〇〇六年の改正により二三二四条に引き継がれている）。同条による免責を正当化しその枠組みを明らかにするために、複数の構成が展開されている。債権者に「義務」を課すことの可否と保証契約の「片務性」との関係、同条の強行法規化に対応する構成が問題となっている。

債権者は、保証人が弁済するときに保証人に担保を移転できるように保存する義務を負うとする説がある（契約責任説）。保証人は、求償のためにその担保を合法的に期待している。保証人と債権者とが契約当事者であり、債権者は担保や保証人の求償手段を保存する義務があると構成する。契約責任説によると、保証は、「双務契約的な性質」を有すると解される。債務不履行による契約の解除、または、同時履行の抗弁も主張される。もともと、契約責任説等に対しては、保証契約は片務契約であると位置付ける伝統的な解釈に反するとの批判がある。なお、制度



の根拠・性質論が議論された当初に主張された説として、「不法行為責任説」がある。保証人が保証引受時に期待していた諸権利への代位が、債権者の行為によって不能となり求償をすることができなくなったことについて、保証人に「損害賠償」を認めていると解した。これに対して、債権者の保証人に対する責任は契約上生じるとされ、同条は改正前（二〇三七条）においては任意法規であつたため、同説によれば放棄を排除することになるとの批判を受けた。

これに対して、二三一四条を「法律上の失権」であるとし、債権者に信義則および衡平上の義務を課することを正当化する説がある。また、担保の存在は保証人が契約を決定する「コース」(course)であるとする説がある。同説によれば、保証契約の片務性は問題とならないが、保証人は、担保の消滅や減少の危険までも引き受けるのが通常であることになり、他の担保の有無は保証契約の締結を決定付ける要素とはならないとの批判がある。さらに、保証人は、債権者が保証人による代位を保護するという暗黙の「条件」の下で、保証を引き受けているとする説がある。同説によれば、保証契約の片務性と両立するが、二三一四条の強行法規性との関係が問題となるとされる。右の議論はいわゆる「保証法」における議論である。

それでは、債権者が主たる債務者に対する求償を妨げる情報を保証人に提供することを怠った場合、二〇三七条（現行二三二四条）によって対応できるか。この点について、債権者に情報提供の不作为があつたとしても、原則として、二〇三七条における債権者の非行とはならないと解されてきた。しかし新たな展開が見られる。近時は「保証人保護立法」の展開が進み、たとえば、一九八四年三月一日法第四八条（CMF L三二二—二二条に引継ぎ）によって、債権者に「情報提供義務」が課され、一九九八年七月二九日法によってその義務が拡張されている。債権者の義務をめぐる新法の展開は情報提供義務だけではない。

さらに、近時の判例・学説においては、「一般法」における債権者の「民事責任」を認めるものがある。債権者は

銀行である場合が多いため、銀行の「契約責任」として展開されている。銀行は、債権者として、保証人の立場を悪化させないように配慮する信義則上の義務（情報提供義務等の義務）を負っていると解される。情報提供義務違反は、契約締結段階においては詐欺、契約存続中においては民事責任が問題となりうるとされる。

保証契約の片務性を厳格に貫徹すると、保証契約によって義務を負うのは保証人だけであり、債権者が義務を負うことはないことになる。しかし実際には、フランス法においては、「保証人保護立法」の展開によって、債権者の負う義務群が増加・拡大している。このような現状にあつて、保証契約の双務性を認めないとする説においても、債権者が義務的な一定の拘束を負うことは否定されない。ここで問題となるのは、保証契約はもはや片務契約とよぶことはできず双務契約なのではないか、仮に完全な双務契約でないとしても、双務契約に類似する契約となつてゐるのではないかという疑問である。また、「保証法」における解釈の展開によつて（民法三三四条）、さらに、「一般法」における債権者の民事責任・契約責任の展開によつて、保証契約は完全な片務契約でも双務契約でもない状態にあるのではないかという疑いが濃くなる。この点について、債権者に課される右の義務は消極的な義務であり、保証契約の反対給付を形成するものではなく、強制執行等の強制力を保証人に与える性質のものではないとする主張がある（本稿三③）。

この主張によると、双務契約か否かの判断基準は、契約の各当事者が相互に「契約」に基づく「給付」を負つてゐるか否かであつて、義務的な拘束の有無だけでは判断することはできない。一方、片務契約においては、契約上の給付を負うのは一方当事者のみであつて、相手方は反対給付を負わない。すなわち、保証人は、主たる債務者がその債務を履行しない場合に、その履行をする債務を負うことを契約において引き受けているが、債権者から反対給付を受けることは契約の内容とされていない。確かに、債権者は義務的な一定の拘束を負うが、それは履行態様に関する義務的な拘束にすぎない。つまり、保証法（民法三三四条）等によつて、債権者は義務的な一定の拘束を

負い、それに反すると請求権が失効する。しかし、請求権の失効は、契約上の義務に基づくものでなく、「法定の結果」にすぎない。一般法における債権者の義務は、保証人の義務と相互性のある契約上の義務ではなく、「信義則上」の義務である。保証契約上の反対給付を形成するものではなく、強制執行等の強制力がない。

債権者の保証人に対する義務は、民法上の義務概念とどのような関係にあり、どのように位置付けられるのだろうか。保証契約の双務性を認めないとする右のフランス民法における主張によると、(i)一般法上の債権者の義務は、*devoir*ではあるが、契約上の *obligation* ではない。つまり、信義則上の *devoir* であって、保証人の義務と対応する関係にある相互的な義務ではない。(ii)二三四条等における債権者の義務は、保証法等によって課された責務であって、法的な義務ではないと解される。これに対して、債権者は、保証人が弁済するときに保証人に担保を移転できるように保存する義務を負うとする主張がある（先述「契約責任説」）。

一方、ドイツ民法は保証契約の片務性を厳格に維持する立場をとったため（立法過程）、保証人を保護するために債権者に義務的な拘束を課すことを容易にする新しい概念・構成が求められた。債権者に一定の拘束が課されたとしても、その拘束が法的義務ではないと性質決定されるならば、双務性をめぐる先の疑問は生じないからである。この点をめぐって近時、ドイツ民法においては、右のように、債権者が保証人に対して負う義務は、*Obliegenheit* であるとされ、その違反による効果は、債権者の保証人に対する請求権の失効であるとする議論が展開されている。つまり、債権者が保証人に対して負う義務は *Pflicht*（いわゆる真正の法的義務）ではないとされる。なお、*Obliegenheit* による法的構成は、スイス債務法・オーストリア民法においても展開されている。

「保証価値の重視（＝債権者の義務の否定）」と「保証人の保護（＝債権者の義務の肯定）」という要求の対立は、*Obliegenheit* という新たな媒介概念を導入することによって揚棄されつつある。

なお、債権者の注意義務に関する議論は担保保存義務論にとどまるものではない。わが国の民法典の起草者が四

一三条（受領遅滞」制度）の立法過程において参照したと思われるドイツ民法草案・オーストリア民法・スイス債務法における Gläubigerverzug（「債権者遅滞」制度）も、最近では、Obiegenheit という概念を用いて説明されるようになってきている（拙稿「受領遅滞制度の推移——日本の判例・学説と外国法概観」奈良産九卷三・四号二四七頁以下）。